

SOBRE LA INCORPORACION POR LECTURA Y EL CONTROL DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN JUICIO PENAL

En el presente texto desarrollaré brevemente los lineamientos que considero esenciales en relación al control de la prueba testimonial y su incorporación por lectura en etapa de juicio oral, para ser tratada en el debate.

El principio del control de la prueba testimonial es uno de los elementos de la defensa técnica en un juicio, lo cual surge de los tratados internacionales, como por ejemplo: el art. 8 inciso 2°, apartado “f” de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual reza: “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos de todas personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”, como así también lo normado en el artículo 14 inciso 3, apartado "e" del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dice “(...)Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas(...) e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo(...)”.

He de poner en resalto que de los plexos jurídicos citados precedentemente surge una clara diferencia, en tanto mientras la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el derecho a interrogar a los testigos presentes en el Tribunal; el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos hace referencia únicamente a los “testigos de cargo” en su texto.

En relación a lo expresado en el acápite que precede, parte de la jurisprudencia sostiene que la Convención Americana de Derechos Humanos ha establecido un principio en cuanto el derecho alcanza solamente a los testigos presentes y deja, de este modo, excluidas las declaraciones de aquellos testigos que se ausentan del juicio justificadamente (estos últimos pueden ser con paradero desconocido o

fallecidos). La misma postura entiende que en igual sentido debería ser interpretado el Pacto.

En honor al principio de la “sana crítica” que deben aplicar los magistrados –lo cual me comprende- entiendo que la interpretación restrictiva de una garantía no resulta la decisión más razonable para un juzgador, sino que debe regir el principio de razonabilidad y amplitud acorde a una interpretación amplia sobre las normas en relación a los derechos humanos (CSJN Fallos 247:121, 319:1934, 98:20, entre otros).

En efecto, entiendo que una correcta apreciación de la norma de la Convención Americana de Derechos Humanos –precedentemente mentada- refiere a los testigos que se encuentran presentes en el debate, ello en virtud de que la garantía adquiere valor y relevancia toda vez que la misma debe hacerse efectiva durante la etapa de juicio, dado que en ese estadio procesal es en el cual se produce la prueba que el Tribunal valorará al momento de dictar sentencia.

Este elemento de prueba en el estado referido por ante el Tribunal, da cuenta del *principio de inmediatez*, el cual es principio propio y esencial del Juicio Oral. De este modo, se garantiza el control de la prueba testimonial a los interesados, todo ello en el momento en el que resulta sustancial dado que sólo en esa etapa es en la cual se proporcionará una base probatoria válida para la imposición de una pena.

La otra cara respecto al control probatorio es la posibilidad de producción de prueba de descargo, la cual también se encuentra contemplada por la Convención cuando establece el derecho a obtener el comparendo “como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

Los principios de controlar y producir prueba integran el derecho de defensa que asiste al imputado durante todo el desarrollo del proceso pero que, necesariamente, es en la etapa de juicio cuando operan como garantía de inexorable observancia.

Son actos que, por su naturaleza, una vez realizados son irrepetibles y, por lo tanto, se establece jurídicamente la posibilidad del control por los sujetos procesales interesados al momento de su realización.

Sucede algo similar con los llamados “anticipos extraordinarios de prueba”, supuestos en los que se adelantan las formas a fin de que los sujetos intervinientes en el proceso participen de la realización de elementos de convicción que no pueden demorarse en su producción.

En el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, esa norma está contemplada en el artículo 274 que dice que: “...las partes podrán requerir al Juez de Garantías que realice un adelanto probatorio cuando deba declarar una persona que por grave enfermedad u otro obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerlo durante el debate. Si el Juez no considera admisible el acto, deberá rechazarlo por auto fundado. En caso contrario, el Juez citará a las partes, quienes podrán asistir con todas las facultades y derechos previstos para el debate. El imputado privado de su libertad será representado por su Defensor, salvo que pidiera intervenir personalmente. En todos los casos, se labrará acta conforme lo dispuesto por este Código, la que será suscripta por el Juez actuante, el Secretario del Juzgado, las partes y demás intervinientes que correspondiere”. Cabe mencionar que, el Código Procesal Penal de la Nación, en su artículo 200 primer párrafo, última parte refiere que “...lo mismo que (los actos definitivos e irreproducibles) a las declaraciones de los testigos que por su enfermedad u otro impedimento sea presumible que no podrán concurrir al debate...”.

Asimismo, cabe recordar que, ante el acuerdo de partes, no existe ningún tipo de impedimento para que cualquier elemento de la investigación pase a formar parte del plexo probatorio del juzgador, por lo que de ese modo se evita su producción durante el debate.

La dificultad con la garantía antes definida surge cuando esos elementos de la investigación, que no tuvieron el debido control de la defensa, son incorporados pese a la oposición de la misma.

En cuanto a las declaraciones testimoniales, los códigos procesales generalmente prevén el instituto que autoriza a incorporarlas -aún con oposición de la defensa- de quien no concurre al debate y resulta imposible hacerlo comparecer o declarar

(porque falleció, porque se desconoce su paradero o debido a que resultó inhabilitado).

Ello aparece en la legislación como una legítima excepción a la oralidad o a la inmediación que debe tener la prueba y el fundamento de este mecanismo radica, para algunos, en el principio de “búsqueda de la verdad real o histórica”.

La incorporación por lectura de testimoniales sin control de la defensa ha sido aceptada por algunos tribunales nacionales como una excepción a los principios de inmediación, contradicción y oralidad que rigen la recepción de la prueba en el debate, con fundamento en el principio aludido en el párrafo que, que impone al juez el deber de incorporar todo elemento de prueba obtenido en forma legal, entendida ésta como el cumplimiento de las formas procedimentales previstas para cada una de ellas.

En ese orden de ideas, si bien los Pactos Internacionales reconocen el derecho a interrogar a los testigos, éste debe armonizarse con el conjunto de la normativa jurídica interna, siendo el procedimiento de incorporación por lectura que prevén los códigos procesales la reglamentación correcta de tal derecho, en la que se disponen excepciones a la oralidad e inmediación, las cuales no resultan arbitrarias ni contrarias a un derecho que está consagrado constitucionalmente.

Igual temperamento adopta parte de la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires, en la cual se argumenta que la Constitución y los Tratados no sostienen derechos y garantías que revistan carácter absoluto, esto debido a que están sujetos a las reglamentaciones que las leyes procesales hagan de ellos, con la única condición de que éstas no los alteren ni supriman mediante una regulación irrazonable o manifiestamente inequitativa, todo lo cual se deduce del principio de razonabilidad (artículo 28 de la Constitución Nacional Argentina). Asimismo, refieren que los tratados en cuestión establecen una serie de derechos y garantías pero que no pueden fijar estímulos para los supuestos en concreto pues no restringen al Estado de su soberanía en el dictado de leyes sino que sólo marcan pautas para que se respeten los derechos humanos.

Sin embargo, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires se encuentran precedentes que señalan que cuando se trate de un testimonio sobre el que la defensa no ha tenido la posibilidad de confrontación, se encuentra vedada su posibilidad de incorporación como prueba y, por lo tanto, su valoración como parte del plexo de cargo. Consecuentemente, también se excluye la prueba testimonial que se incorpora sin control, sin declarar la inconstitucionalidad del precepto que lo justifica (art. 366 del C.P.P.B.A.).

Esto corresponde a una clara aplicación de la regla de la exclusión probatoria que tal como lo indica esta doctrina y su extensión ("*fruit of poisoned tree*" Doctrina del fruto del árbol envenenado), no debe admitirse prueba que se haya producido u obtenido mediante afectación a garantías constitucionales. Por lo tanto, el pedido de incorporación por lectura de un testimonio no debe ser admitido por no superar el *test de pertinencia* si se comprueba que la defensa o el imputado no pudo ejercer sobre el mismo su derecho de confrontación. Corresponde concluir entonces que, admitido un testimonio en tales términos por parte del Tribunal de juicio y utilizado en la fundamentación de una condena, se genera un agravio que debe ser reparado por el órgano revisor, excluyendo del plexo probatorio utilizado por el inferior dicha testimonial y verificando si con los restantes elementos de carga existe la posibilidad de que el veredicto de condena quede en pie.

En el plano internacional existen precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han reconocido que toda la evidencia debe producirse en presencia del acusado en un juicio público regido por el principio adversarial. Sin embargo, ello no significa que esté proscripta la utilización de prueba recogida en el procedimiento de investigación preparatoria; toda vez que eso es lícito bajo la condición de que hayan sido respetados los derechos de la defensa. Como regla, estos derechos requieren que al acusado deba dársele una oportunidad apropiada para desafiar y cuestionar "al testigo de cargo", en el momento en que este estaba haciendo su declaración o en alguna fase posterior (doctrina del caso "Kostovski", con cita de los casos "Unterpertinger" y "Barberá entre otros").

En el caso “Saïdi” el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reiteró la doctrina en la que establece como regla que el acusado debe tener “una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o a cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra”.

En el plano americano, la Corte Interamericana en el caso “Castillo Petruzzi c. Perú” del 30/5/1999, a la par de reconocer la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, admitió la facultad de “examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió sobre la garantía del imputado de interrogar a los testigos de cargo, frente a los mecanismos de incorporación por lectura en el caso, frente al del art. 391 del C.P.P.N. en el fallo “Benítez, Aníbal” (2006).

En lo que respecta a ese caso, cabe recordar que Aníbal Leonel Benítez fue condenado en primera instancia como autor penalmente responsable del delito de lesiones graves, calificado por haber sido cometido con un arma de fuego (artículos 41 bis y 90 del Código Penal de la Nación), a la pena de dos años y seis meses de prisión y costas.

Lo llamativo es que al juicio no comparecieron ni la víctima ni varios testigos de cargo, entre los cuales se encontraba quien fuera coimputado de Benítez y luego desvinculado del caso, cuya presencia en el debate había sido requerida por la defensa técnica de Benítez. Desconociéndose el paradero de los mismos, sus testimonios se incorporaron por lectura con base en la norma procesal que así lo autoriza (artículo 391 del Código Procesal Penal de la Nación).

Frente a la sentencia de condena referida, la defensa interpuso recurso de casación el cual fue rechazado por esa instancia, y así también el extraordinario, accediendo a la Corte Suprema de la Nación mediante un recurso de queja. Se alegó que en el juicio no se había producido elemento de cargo alguno en forma debida toda vez que el tribunal había incorporado por lectura la totalidad de la prueba ya que el debate se realizó en ausencia de la víctima, de los testigos y de otro imputado y que

las demás constancias giraban en torno a las declaraciones testimoniales del personal policial que previno, las que también tuvieron que ser leídas para ayudar sus memorias. Finalizó en que resolver de ese modo importó la violación de los derechos de defensa en juicio, del debido proceso y de interrogar o hacer interrogar a los testigos que consagran los artículos 18 de la Constitución Nacional, 8.2. “f” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3. “e” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (conforme relato de antecedentes realizado por el Procurador General).

En primer lugar, puede leerse que el máximo Tribunal destacó que las declaraciones que se incorporaron con oposición de la defensa, habían sido prestadas mientras Benítez “aún no había sido habido” (considerando 7°).

El control de los testigos que depusieron durante el sumario fue imposible para Benítez, puesto que las testimoniales de cargo que obraban en el expediente fueron prestadas previa adquisición de la calidad de imputado por parte de éste.

Luego, en vista de desestimar los argumentos expuestos por el inferior, indicó que *“la invocación de la imposibilidad” de hacer comparecer al testigo no basta para subsanar la lesión al debido proceso que significa que, finalmente, la parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba”*.

A continuación, se citó jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Castillo Petruzzi c. Perú”) para señalar que ese organismo *“consideró relevante la circunstancia de que la defensa no hubiera podido conainterrogar a los testigos ni durante la instrucción ni con posterioridad...”*.

Por último, destacó la mención realizada respecto a que “el tribunal de juicio fundó la sentencia de condena en prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad adecuada de controlar” (del considerando 11°).

Por lo que entiendo que de acuerdo a las circunstancias que presentó este caso, las declaraciones de los testigos que no acudieron a juicio nunca pudieron ser controladas por el imputado en la oportunidad en que fueran prestadas –durante el sumario-, puesto que en ese entonces, Benítez no había sido habido. En

consecuencia, frente a tal escenario, es fácil concluir que la posibilidad de control de la prueba de cargo por parte del imputado fue de imposible cumplimiento.

Por lo que se concluye que, en atención a las circunstancias fácticas del caso analizado por la Corte, la vulneración a la garantía se verifica únicamente si la defensa no tuvo la posibilidad de confrontar a los testigos de cargo ni durante la I.P.P. (o instrucción) ni durante el juicio. Y ante la falta de una definición precisa de cuál es la oportunidad adecuada, habrá que analizarlo caso por caso.

Entonces, es conveniente establecer primero cuándo es adecuada una oportunidad de interrogación, para luego verificar si en el caso en concreto la defensa tuvo habilitada la oportunidad de ejercer ese derecho.

Esto genera un panorama diverso ya que, si como en “Benítez”, el imputado no había sido habido mientras los testigos declaraban, es indudable que la posibilidad de control objetivamente no existió. Pero contrariamente, podría sostenerse que si el imputado, estando a derecho, tuvo conocimiento de las declaraciones testimoniales de cargo durante la instrucción y omitió confrontarlas, el hecho de que luego se incorporen con oposición de la defensa mediante –supongamos que por encontrarse en un supuesto de fallecimiento del imputado procesalmente justificado-, no vulneraría la garantía referida, desde que al menos durante la investigación penal preparatoria dicha posibilidad existió. En idéntico sentido, podemos hallar el fallo “Gil Sisniegas” de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal resuelto el 8/5/2003.

Esta postura es la que sostuvo la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires al afirmar que *“...si luego de conocido el contenido inculpatario de algún testimonio recibido sin control de la Defensa, ésta no plantea objeción o nulidad alguna ni demuestra interés en interrogar al declarante pese a que su eventual muerte, ausencia o inhabilidad frustrarían definitivamente su derecho; no podrían entonces estimarse infringidas las aludidas normas de rango constitucional, porque la parte habría tenido en aquella etapa procesal posibilidad efectiva de interrogar al testigo precisamente hasta el momento de su muerte, desaparición o inhabilitación...”* (causa “M.W.E”, sent. del 04-09-2007).

Frente a ello, podría decirse que es una carga del Estado la de dar oportunidad de interrogación, y no de la defensa el crear esa oportunidad antes del debate (conforme lo expuesto por García, Luis M. en “El principio de igualdad de armas y los nuevos requerimientos”, en “Prudentia”, Ed. UCA, nro. 50, 1999, p. 89).

Pero, suponiendo que el Estado otorgó aquella posibilidad de interrogación, notificando al imputado y a su defensor de la realización del acto (tal como ocurre con la realización de pericias), ¿qué pasaría si el imputado, aun notificado, no concurre ni tampoco lo hace su defensa?

Con lógica legal, puede decirse que ante la incomparecencia injustificada al acto por parte de la defensa, será válida su incorporación al juicio.

En consecuencia, como una primera afirmación puede sostenerse que en cuanto que la defensa haya sido debidamente notificada antes de su realización, la testimonial de cargo podrá incorporarse al juicio en los supuestos legalmente previstos pues, de tal modo, la condición de validez de la garantía estaría cumplida.

Sin perjuicio de lo expuesto, menciono que bajo el ordenamiento del sistema acusatorio y adversarial, puede sostenerse que una “oportunidad adecuada” es aquella en la que rijan los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, siendo que los códigos procesales prevén una única oportunidad que cumple con esos estímulos, la cual es el juicio oral.

Lo definitorio entonces será que el poder de confrontar al testigo de cargo esté garantizado y esto se logrará a través de asegurarle al acusado y su defensor la posibilidad de presenciar el interrogatorio de la contraparte y, a su vez, realizar el propio (el conocido “*cross examination*”).

El inconveniente de que el examen de un testigo tenga lugar en una etapa previa al juicio es que el tribunal llamado a dictar sentencia no obtendrá inmediación de esa prueba. Entonces, al desarrollarse el adelanto de prueba durante la investigación, otro funcionario judicial distinto del tribunal participará del acto (no ya para definir la causa judicial sino para dirigir y controlar la legalidad del acto).

En este sentido, si bien el control por parte de la defensa estará asegurado, la calidad de la litigación estará afectada toda vez que estará condicionada por el modo de realización del acto y por el órgano que recibe la información que aporta el testigo (distinto del que luego la valore para definir el caso).

Es por ello tanto que estas medidas están previstas por las legislaciones procesales como excepcionales como que deben utilizarse de ese modo (excepcionalmente).

Pues el informe escrito firmado por el testigo que se incorpora por su lectura, no sólo priva a los jueces y a las partes de la inmediación durante el juicio sino que, además, llega deformado en tanto no es posible ponderar el conjunto de circunstancias que rodean y que, en definitiva, “componen” al testimonio.

Con la exhibición a través de un audio e imagen de un testimonio, los déficits del régimen escrito pueden ser eliminados en gran proporción al permitírsele a las partes y al tribunal contar con el relato oral que en la comunicación humana se acompaña con gestos o ademanes y/o de cualquier otra acción que la conforme y que contiene una eficacia completamente superior a la de la palabra escrita (y que opino que puede estar inclinada por el funcionario que escribe lo que INTERPRETA en relación a lo que el testigo le dice).

La Corte sostuvo que “lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado” (–considerando 13-, “Benítez”).

Entonces, considero que el mecanismo de incorporación por lectura puede resultar admisible siempre que lo que se incorpore al proceso haya podido ser controlado previamente por la defensa, ya que una vez que ingresó al juicio oral no hay límites para su utilización por las partes y para la valoración por el tribunal.

Por todo lo expuesto, la solución más eficiente para el respeto de la garantía es aquella por la cual sólo se determine al juicio oral como la oportunidad para receptor declaraciones testimoniales como elemento de prueba y se restrinja la posibilidad

de adelantar testimonios a etapas previas bajo similares parámetros, salvo en casos excepcionales.

Jorge Fabián Van Staden

Juez de Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal – Departamento judicial La Matanza